

Agile Softwareprojekte: Probleme und Vertragsgestaltung

Software im digitalen Zeitalter – „Schubladen“ des BGB

TRUIKEN HEYDN

IT-Projekte in der Krise und gescheiterte IT-Projekte machen einen erheblichen Anteil der Arbeit eines Anwalts aus, der sich mit IT-Recht beschäftigt. Freilich werden sich die IT-Projekte, die ohne Probleme in der geplanten Zeit und im Rahmen des veranschlagten Budgets zur Zufriedenheit beider Parteien abgeschlossen werden, niemals auf einem Anwaltsschreibtisch wiederfinden. Der subjektive Eindruck aus Anwaltsicht, dass sehr viele IT-Projekte scheitern, täuscht gleichwohl nicht. In den vergangenen Jahren wurde das Scheitern von IT-Projekten in diversen Studien untersucht. Die in diesen Studien genannte Quote erfolgreicher IT-Projekte ist mit weniger als 50% erschreckend gering, die Quote abgebrochener IT-Projekte mit ca. 20% erschreckend hoch. Der verbleibende Anteil entfällt auf Projekte, die länger dauern und/oder teurer werden als ursprünglich geplant und/oder nur zu einem Teil abgeschlossen werden. Als Reaktion auf diesen Befund sind seit einiger Zeit sog. agile Projektmethoden in aller Munde. Doch sind agile Projektmethoden wirklich der Heilsbringer? Welche juristischen Fragen werfen agile Projektmethoden auf? Und was ist bei der Vertragsgestaltung agiler Projekte zu beachten? Diese und weitere Fragen sollen in dem vorliegenden Beitrag untersucht werden. Zunächst wird anhand des Beispiels der agilen Projektmethode Scrum untersucht, wie sich die Probleme, die typischerweise in einer Projektkrise eine Rolle spielen, im agilen Projekt darstellen, und wie diese Probleme durch eine entsprechende Vertragsgestaltung reduziert werden können (I.). Danach wird die vertragstypologische Einordnung agiler Projektverträge vorgenommen (II.) und abschließend werden weitere Hinweise zur Vertragsgestaltung agiler Projektverträge gegeben (III.).

Lesedauer: 27 Minuten

I. Agile Projektmethoden und die typischen Probleme von IT-Projekten

Agile Projektmethoden kommen mittlerweile bei den verschiedensten Arten von Projekten zur Anwendung. Sie sind indes speziell für Softwareprojekte entwickelt worden. Ob es sich um die Anpassung und Implementierung von Standardsoftware handelt oder um die Entwicklung von Individualsoftware, spielt dabei keine Rolle. Beide Arten von Softwareprojekten können nach agilen Methoden abgewickelt werden.

Was agile Projektmethoden sind, was diese von herkömmlichen Projektmethoden unterscheidet, welche agilen Projektmethoden es gibt und wie Projekte nach einer bestimmten agilen Projektmethode konkret ablaufen, ist an anderer Stelle bereits hinreichend erörtert worden¹ und soll daher nicht Gegenstand dieses Beitrags sein. Die bekannteste und am weitesten verbreitete agile Projektmethode ist Scrum; die Scrum-Prinzipien sind in dem auch in deutscher Sprache verfügbaren Scrum-Guide niedergelegt.² Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen beispielhaft anhand von Scrum, wobei die entsprechenden theoretischen Kenntnisse der Scrum-Methode vorausgesetzt werden.

1. Vereinbarung im Vertrag

Das erste typische Problem von IT-Projekten besteht darin, dass die zu Grunde liegenden Verträge häufig lückenhaft und unzureichend sind. Insbesondere wenn die Verträge vom Anbieter verfasst sind, lesen sie sich bisweilen eher wie eine Marketingbroschüre denn wie ein Vertrag und sind in der

Projektkrise keine Hilfe für den Juristen. Hinzu kommt: Die Parteien wollen lieber unmittelbar mit dem Projekt starten und nicht in langwierige Vertragsverhandlungen eintreten, zumal wenn hierfür bei den beteiligten Unternehmen zusätzliche Personen involviert werden müssen, etwa die Rechtsabteilung. IT-Projekte, die auf der Grundlage eines knappen Letter of Intent,³ einer im ERP-System des Auftraggebers generierten Bestellung oder nur eines formlosen Schreibens des Auftraggebers begonnen werden, sind daher keine Seltenheit. In manchen Fällen wird ein ausführlicher Projektvertrag später noch unterzeichnet, in vielen Fällen aber auch nicht.⁴

Die Problematik lückenhafter Verträge wird bei agilen Projekten erheblich verschärft, wenn im Vertrag die Anwendung einer bestimmten agilen Projektmethode nicht ausdrücklich vereinbart ist, das Projekt aber gleichwohl agil durchgeführt werden soll. Agile Projektmethoden kann der Auftragnehmer nicht alleine anwenden. Für die erfolgreiche Anwendung agiler Projektmethoden ist es unabdingbar, dass der Auftraggeber die agile Projektmethode kennt, im besten Fall bereits Erfahrung damit hat, und vor allem dass er mitmacht. Projekte, bei denen nur der Auftragnehmer nach einer agilen Projektmethode arbeitet und der Auftraggeber erklärt, er könne den agilen Prozess nicht implementieren – auch das kommt in der Praxis vor –, sind zum Scheitern verurteilt. In der Praxis ebenfalls immer wieder anzutreffen ist der Versuch des Anbieters, nach dem Scheitern eines Projekts fehlende Projektorganisation, die Ablieferung mangelbehafteter Software oder sonstige Versäumnisse mit einem angeblich agilen Vorgehen zu erklären. Insbesondere wenn dem Auftraggeber bis zu diesem Zeitpunkt die agile Vorgehensweise nicht bekannt war oder er gar nicht weiß, was eine agile Vorgehensweise sein soll, drängt sich der Verdacht auf, dass es sich hierbei um eine Schutzbehauptung handelt.

Im Projektvertrag sollte daher nicht nur die Projektmethodik klar vereinbart werden, sondern auch, welche Mitwirkungspflichten in welchem Umfang hieraus für den Auftraggeber konkret resultieren. Zwar kann (und sollte) im Vertrag auf eine im Internet verfügbare Beschreibung der betreffenden agilen Projektmethode, z.B. den Scrum-Guide, verwiesen werden. Dieser Verweis ist allein jedoch nicht ausreichend, denn derartige Beschreibungen lassen Spielräume für die konkrete Ausgestaltung im Einzelfall offen. Diese Spielräume müssen im Projektvertrag ausgefüllt werden. Insbesondere muss klar geregelt werden, welche Partei

HEYDN: Agile Softwareprojekte: Probleme und Vertragsgestaltung(MMR 2020, 284)

285

welche Rollen (Product Owner, Scrum Master, Entwicklungsteam) zu besetzen hat, und die Aufgaben der Inhaber dieser Rollen müssen konkret beschrieben werden.

Vor allem bei Auftraggebern, die mit agilen Projektmethoden gar nicht oder nur wenig vertraut sind, empfiehlt es sich, im Vertrag gewissermaßen eine Anleitung für den Auftraggeber niederzulegen, also z.B. in den Definitionen die Scrum-spezifischen Begriffe zu erklären und gegeneinander abzugrenzen.

2. Mitwirkungspflichten des Auftraggebers

Schon in herkömmlichen IT-Projekten wird regelmäßig darüber gestritten, ob Verzögerungen der Fertigstellung des Projekts durch den Auftragnehmer verschuldet wurden oder ob der Auftraggeber die Verzögerung durch die fehlende, unzureichende oder verspätete Mitwirkung verursacht hat. Die möglichst spezifische Beschreibung der vom Auftraggeber geschuldeten Mitwirkungspflichten ist daher essenzieller Bestandteil eines jeden IT-Projektvertrags.

Bei agilen Projekten, die eine sehr intensive Einbindung des Auftraggebers in die Projektarbeit erfordern, ist es erst recht notwendig, die diesbezüglichen Pflichten des Auftraggebers im Vertrag genau zu bezeichnen. Der Product Owner sollte aus dem Unternehmen des Auftraggebers stammen

und von diesem für die Wahrnehmung seiner Aufgaben im erforderlichen Umfang freigestellt werden – auch insoweit ist eine explizite Vereinbarung im Projektvertrag ratsam. Damit kann dem Problem begegnet werden, dass die Mitarbeiter des Auftraggebers für die Arbeit am Projekt wie z.B. die Formulierung der Anforderungen oder die Beantwortung von Fragen des Auftragnehmers keine Zeit haben. Klare Vereinbarungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer und eine klare interne Kommunikation im Auftraggeberunternehmen hinsichtlich der Prioritäten, mit denen die Arbeit am IT-Projekt einerseits und die regulären Aufgaben andererseits zu erledigen sind, können hier sehr hilfreich sein.

Auch die Aufgaben des Product Owners, etwa die Erstellung, Ordnung und Verwaltung des Product Backlogs, sollten im Vertrag vereinbart werden. Sinnvoll ist des Weiteren, dem Product Owner die Formulierung der Definitions of Done und die Entscheidung am Ende jedes Sprints, ob die gelieferte Funktionalität akzeptabel ist, zu übertragen. Denn wenn der Auftragnehmer die Definitions of Done formuliert, sind diese bereits deshalb als Abnahmekriterien untauglich.⁵

3. Anforderungs- und Leistungsbeschreibung

Ein typischer Grund, warum IT-Projekte scheitern, besteht darin, dass die Anforderungen an die zu liefernde Software nicht genau genug beschrieben werden und dass deshalb die vom Anbieter gelieferte Software nicht dem entspricht, was der Auftraggeber erwartet hatte. Gerade mittelständische Unternehmen sind mit der Formulierung ihrer Anforderungen an eine Software häufig überfordert.

a) Vorgehensweise nach der herkömmlichen „Wasserfall“-Methode: Lastenheft und Pflichtenheft

Soll in einem Unternehmen z.B. erstmals ein ERP-System eingeführt werden, muss das Unternehmen, wenn die ERP-Einführung nach der herkömmlichen „Wasserfall“-Methode erfolgen soll, zunächst ein Lastenheft erstellen, in dem die Anforderungen an die Software im Einzelnen dargestellt werden, um anhand dieses Lastenhefts eine Standard-ERP-Software auszuwählen, welche diese Anforderungen erfüllt. Ein Unternehmen, in dem noch nie ein ERP-System benutzt worden ist, steht dabei vor dem Problem, dass es die Möglichkeiten, die ERP-Systeme bieten, gar nicht kennt, und sich daher kaum vorstellen kann, welche Anforderungen es sinnvollerweise stellen soll.

Im Idealfall erstellt der Anbieter auf der Grundlage des Lastenhefts ein Pflichtenheft,⁶ in dem der Anbieter die technische Umsetzung der Anforderungen des Auftraggebers beschreibt. Entgegen einer teilweise in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung ist das Lastenheft nicht mit dem Pflichtenheft identisch und darf mit diesem nicht verwechselt werden.⁷ Im Gegensatz zum Lastenheft beschreibt das Pflichtenheft aus der Sicht des Anbieters in konkreter Form, wie er die Anforderungen des Auftraggebers zu lösen gedenkt, also wie und womit das gemacht wird, was nach dem Lastenheft gemacht werden soll. Zugegebenermaßen sind die deutschen Begriffe „Lastenheft“ und „Pflichtenheft“ nicht sehr aussagekräftig; gleichwohl ist die in der Praxis häufig anzutreffende Gleichsetzung der Begriffe „Lastenheft“ und „Pflichtenheft“ fehlerhaft. Deutlicher wird der Unterschied in der englischen Sprache: Das Lastenheft wird im Englischen als „professional specification“ bezeichnet, während das Pflichtenheft als „technical specification“ bezeichnet wird. Das Pflichtenheft wird im Idealfall Vertragsbestandteil und beschreibt die Soll-Beschaffenheit der vertraglich geschuldeten Leistung. Anhand des Pflichtenhefts erstellt der Anbieter die Softwarelösung. Ob die Software mangelhaft ist, kann durch einen Vergleich der Softwarelösung mit dem Pflichtenheft – ggf. unter Zuhilfenahme eines Sachverständigen – festgestellt werden.

Die praktische Wirklichkeit sieht zumeist ganz anders aus: Häufig wird auf ein Lastenheft und ein Pflichtenheft gänzlich verzichtet, und der Anbieter legt dem Auftraggeber einen Projektvertrag zur Unterzeichnung vor, in dem man eine Leistungsbeschreibung vergeblich sucht. Die nähere Spezifizierung der zu erstellenden Software erfolgt dann in mündlicher Form in Workshops und ist im besten Fall schlecht, meist aber gar nicht dokumentiert. Aber selbst wenn ein Lastenheft erstellt wird, dieses aber die spezifischen Anforderungen des Anwenderunternehmens nicht hinreichend detailliert beschreibt, kann das bereits dazu führen, dass das falsche Softwareprodukt ausgewählt wird. Denn dann stellt sich möglicherweise nach Vertragsabschluss heraus, dass die ausgewählte ERP-Software bestimmte Funktionalitäten nicht enthält, welche der Auftraggeber dringend benötigt hätte.

Ein weiterer Nachteil: In herkömmlichen Projekten werden die Anforderungen im Lastenheft zu Beginn des Projekts quasi „in Stein gemeißelt“, und jeder nachträgliche Änderungswunsch des Auftraggebers hat in der Form eines Change Requests zu erfolgen, der vom Auftragnehmer akzeptiert oder abgelehnt werden kann oder dessen Umsetzung an die Bedingung der Zahlung einer zusätzlichen Vergütung geknüpft werden kann.

b) Vorgehensweise in agilen Projekten am Beispiel Scrum

In agilen Projekten wird daher auf eine detaillierte Anforderungs- und Leistungsbeschreibung zu Beginn des Projekts und als Vertragsbestandteil verzichtet. Stattdessen erarbeiten die Parteien zu Beginn des Projekts lediglich eine Produktvision, in der die übergeordneten Zwecke und Ziele des Projekts umschrieben werden. Die Beschreibung der Produktvision sollte Bestandteil des Projektvertrags sein.⁸

Die weitere Spezifizierung der Anforderungen des Auftraggebers erfolgt sodann im Rahmen des sog. Product Backlogs, in dem die Einzelanforderungen aufgelistet und nach Priorität ge-

HEYDN: Agile Softwareprojekte: Probleme und Vertragsgestaltung(MMR 2020, 284)

286

ordnet sind. Die Einzelanforderungen im Product Backlog werden häufig in Form sog. User Stories formuliert, also z.B. „Als Einkäufer möchte ich bei der Anlage einer neuen Bestellung auf die Konditionen eines mit dem Lieferanten bestehenden Rahmenvertrags hingewiesen werden, und das System soll sicherstellen, dass diese Konditionen bei der Bestellung beachtet werden“.

Der Product Backlog entspricht im Prinzip dem Lastenheft im herkömmlichen Projekt, nur mit dem entscheidenden Unterschied, dass der Product Backlog, soweit er sich nicht gerade in der Abarbeitung (in einem Sprint) befindet, jederzeit einseitig vom Auftraggeber geändert werden kann. Die im Product Backlog aufgelisteten Einzelanforderungen werden nach der vorgegebenen Priorität in den Sprints abgearbeitet und bei Beginn eines jeden Sprints im Sprint Backlog präzisiert. Der Sprint Backlog entspricht im Prinzip dem Pflichtenheft im herkömmlichen Projekt, denn darin legt das Entwicklungsteam fest, wie es die jeweiligen Einzelanforderungen konkret umsetzen wird.

Im Vertrag kann diese Vorgehensweise wie folgt festgehalten werden:

Die Entwicklung erfolgt nach der diesem Vertrag als Anlage 1 beigefügten Produktvision. Der Product Backlog stellt die durch die Sprint Backlogs fortlaufend präzisierte Leistungsbeschreibung dar. Widersprechen sich Sprint Backlogs, gehen die jüngeren den älteren vor.

4. Softwaremangel oder Change Request?

Ein weiterer typischer Streitpunkt in IT-Projekten ist die Diskussion darüber, ob eine bestimmte vom Auftraggeber gewünschte Funktionalität bereits nach dem ursprünglichen Projektvertrag vom Auftragnehmer geschuldet war (in der Sprache der IT-Branche: „in scope“) oder ob es sich hierbei um eine über den vertraglichen Leistungsumfang hinausgehende nachträgliche Anforderung des Auftraggebers handelt (in der Sprache der IT-Branche: „out of scope“) die im Wege des Change-Request-Verfahrens separat beauftragt und vergütet werden muss. Im ersten Fall stellt das Fehlen der Funktionalität eine Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit und damit einen Softwaremangel dar und die Funktionalität ist i.R.d. Mangelbeseitigung ohne zusätzliche Vergütung bereitzustellen. Im zweiten Fall schuldet der Auftragnehmer die Bereitstellung der Funktionalität nur dann, wenn die separate Beauftragung i.R.d. Change-Request-Verfahrens zustande kommt.

Das ist in agilen Projekten grundlegend anders, denn die Vermeidung derartiger „Scope“-Diskussionen war ein zentrales Anliegen der Vorreiter der agilen Softwareentwicklung. Im agilen Projekt sind Änderungen der Kundenanforderungen ausdrücklich willkommen, selbst wenn sie erst spät im Projekt erfolgen.⁹

Im Vertrag sollte daher ausdrücklich klargestellt werden, dass mit Ausnahme derjenigen Product Backlog Items, die in dem gerade laufenden Sprint bearbeitet werden, bestehende Product Backlog Items geändert, durch neue Product Backlog Items ersetzt oder neu priorisiert werden dürfen.

Ein Change-Request-Verfahren im herkömmlichen Sinne gibt es im agilen Projekt nicht. Natürlich bedeutet das nicht, dass der Auftragnehmer beliebige nachträgliche Änderungen und insbesondere Erweiterungen kostenfrei und innerhalb des ursprünglich geplanten Zeitrahmens umsetzen muss. Vielmehr wird im agilen Projekt das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt: In der Regel gilt, dass Änderungen der Kundenanforderungen keiner Vertragsergänzung bedürfen. Eine Vertragsergänzung im Hinblick auf die Vergütung und/oder den Zeitplan ist nur dann erforderlich, wenn der Auftragnehmer diese verlangt, weil sich die Änderungen auf die Zeit-, Aufwands- und/oder Kostenschätzung auswirken, worauf der Auftragnehmer hinweisen muss. Eine entsprechende Vertragsklausel könnte etwa wie folgt lauten:

Falls Änderungen der Product Backlog Items Auswirkungen auf die Zeit-, Aufwands- und Kostenschätzung haben, wird der Auftragnehmer den Auftraggeber unverzüglich in Textform darauf hinweisen. Der Auftraggeber kann die Änderungen durch Mitteilung in Textform freigeben. Der Auftragnehmer ist nur nach Freigabe durch den Auftraggeber berechtigt, diese Product Backlog Items umzusetzen.

II. Vertragstypologische Einordnung

Die vertragstypologische Einordnung von Verträgen ist nicht bloß einem stupiden „Schubladendenken“ der Juristen geschuldet, sondern aus zwei Gründen erforderlich.¹⁰ Zum einen muss bei jedem Vertrag im Falle von Leistungsstörungen klar sein, ob dem Auftraggeber überhaupt Gewährleistungsrechte zur Verfügung stehen und wenn ja, welche (Kaufrecht? Werkvertragsrecht? Mietrecht?). Zum anderen werden in Softwareprojektverträgen häufig vorgefertigte Klauseln verwendet, deren AGB-rechtliche Wirksamkeit gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB davon abhängt, ob diese von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweichen, wobei der anzulegende Maßstab, also die „gesetzliche Regelung“, nur mittels einer vertragstypologischen Einordnung bestimmt werden kann.¹¹

1. Bisheriger Meinungsstand: IT-Projekt ist Werkvertrag

Projektverträge über die Erstellung von Individualsoftware stellen nach ständiger Rechtsprechung des *BGH* und ganz herrschender Meinung in der Literatur Werkverträge dar.¹² Auch Projektverträge über die Einführung, Anpassung und Implementierung von Standardsoftware ordnet der *BGH* in ständiger Rechtsprechung grundsätzlich als Werkverträge ein.¹³ Das gilt – in Abgrenzung zum Kaufvertrag – immer dann, wenn die Anpassungsleistungen ein gewisses Gewicht haben; insofern hat der *BGH* eine Dauer der Anpassungsarbeiten von zwei Monaten für ausreichend angesehen.¹⁴

2. Agiles Projekt als Dienstvertrag?

Eine Einordnung eines agilen Projekts als Kaufvertrag kommt nicht in Betracht, denn für eine bloße Montage (vgl. § 434 Abs. 2 BGB) eines gekauften Gegenstands benötigt man kein agiles Projekt. Die Vereinbarung einer agilen Vorgehensweise erfolgt zumeist deshalb, weil die Anpassungsleistungen im Einzelnen noch nicht feststehen und dementsprechend umfangreich sind. Scheitert ein agiles Projekt, dann streiten sich die Parteien regelmäßig darüber, ob der Projektvertrag Werkvertragsrecht (= Position des Auftraggebers) oder Dienstvertragsrecht¹⁵ (= Position des Auftragnehmers) unterliegt. Dem Auftraggeber ist an der Geltung des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts und der

HEYDN: Agile Softwareprojekte: Probleme und Vertragsgestaltung(MMR 2020, 284)

287

Verantwortung des Auftragnehmers für die Herbeiführung des Projekterfolgs gelegen.¹⁶ Der Auftragnehmer möchte demgegenüber auf Grund der starken Einbindung des Kunden in das Projekt die Verantwortung für den erfolgreichen Abschluss des Projekts nicht übernehmen.

Die Frage, ob agile Projekte wegen der andersartigen Vorgehensweise als bloße Dienstverträge oder entsprechend der bisherigen Rechtsprechung des *BGH* zu IT-Projekten als Werkverträge einzuordnen sind, ist höchstrichterlich nicht geklärt. Soweit ersichtlich gab es bislang nur ein einziges gerichtliches Verfahren, das sich mit dieser Frage beschäftigt hat. Es endete mit einem rechtskräftigen Urteil des *OLG Frankfurt/M.* v. 17.8.2017, welches die grundsätzliche Frage ausdrücklich offen ließ und eine Einzelfallentscheidung traf, weil es die Durchsetzbarkeit der Klageforderung anders als mit der Anwendbarkeit von Dienstvertragsrecht begründen konnte.¹⁷

Die Vorinstanz, das *LG Wiesbaden*, hatte sich hingegen festgelegt und den Vertrag als Werkvertrag eingeordnet.¹⁸ Diese Einordnung hatte das *LG Wiesbaden* darauf gestützt, dass es auch bei der agilen Softwareerstellung trotz der im Gegensatz zum klassischen Software-Erstellungsvertrag nicht so deutlich abgegrenzten Verantwortlichkeiten der Beteiligten letztlich bei der Konzeptionshoheit des Auftraggebers einerseits und der Ausführungsverantwortlichkeit des Auftragnehmers andererseits bleibe.¹⁹ Das *LG Wiesbaden* führte dann weiter aus, dass der von den Parteien im Vorfeld abgeschlossene LOI keine Regelungen zur Vertragsnatur enthalte, jedoch der nach Abschluss verhandelte, allerdings nicht unterzeichnete Vertragsentwurf die Anwendung von Werkvertragsrecht vorsah. Daraus leitete das *LG Wiesbaden* den Willen der Vertragsparteien ab, dass nicht eine Dienstleistung als solche, sondern als Arbeitsergebnis der Erfolg (die Erstellung einer funktionierenden Internetplattform) geschuldet war.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Rechtslage zwar nach wie vor unklar ist und der Vertragstypus letztlich anhand des Vertrags im Einzelfall festzustellen ist,²⁰ tendenziell aber IT-Projekte auch bei Vereinbarung einer agilen Vorgehensweise wohl eher als Werkvertrag einzuordnen sein werden. Denn der Auftraggeber wird am Ende eine brauchbare Software haben wollen²¹ und an ergebnislosen Arbeitsleistungen kein Interesse haben.

3. Vereinbarung der vertragstypologischen Einordnung?

Die unklare Rechtslage und die Begründung im Urteil des *LG Wiesbaden* werfen die Frage auf, ob es sinnvoll ist, die vertragstypologische Einordnung einfach ausdrücklich im Vertrag zu vereinbaren.

Es ist allerdings höchst umstritten, ob die vertragstypologische Einordnung als solche dispositiv ist. Der *BGH* hat insofern entschieden, dass in AGB eine Vereinbarung eines bestimmten Vertragstypus unwirksam ist, wenn der Vertrag klare Elemente eines anderen Vertragstypus aufweist.²² Ob eine solche Vereinbarung als Individualvereinbarung wirksam wäre, hat der *BGH* in dieser Entscheidung jedoch ausdrücklich offengelassen.²³ Dagegen spricht, dass die typologische Einordnung von Verträgen vom BGB vorgegeben ist und daher durch privatautonome Vereinbarung nicht geändert werden kann²⁴ und dass sich der Vertragstypus aus den im Vertrag vereinbarten Hauptleistungspflichten ergibt.²⁵ Teilweise wird daher die Auffassung vertreten, dass eine Selbstqualifikation des Vertragstypus im Wege der Individualvereinbarung zumindest dann möglich sein müsse, wenn im konkreten Fall kein Widerspruch zu den vereinbarten Hauptleistungspflichten besteht, etwa wenn neu errichtete Eigentumswohnungen bereits vor Vertragsschluss fertiggestellt wurden und daher eine Herstellungspflicht des Bauträgers keineswegs selbstverständlich, sondern begründungsbedürftig ist.²⁶

Die Frage der Dispositivität ist zudem unterschiedlich zu behandeln, je nachdem welcher Vertragstypus abgedungen und welcher vereinbart werden soll. So hat der *BGH* z.B. eine Vereinbarung der Anwendung der Regeln des Werkvertragsrechts auf einen Dienstvertrag für zulässig gehalten²⁷ und die Vereinbarung von Werkvertragsrecht entgegen § 650 BGB wird ebenfalls für zulässig gehalten.²⁸

Angewendet auf IT-Projekte bedeutet das: Auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung des *BGH*, nach welcher IT-Projekte grundsätzlich als Werkverträge einzuordnen sind,²⁹ unabhängig davon, ob Individualsoftware erstellt oder Standardsoftware angepasst wird, dürfte es grundsätzlich unproblematisch sein, im agilen Projektvertrag die Anwendung von Werkvertragsrecht zu vereinbaren. Denn die Anwendung von Werkvertragsrecht steht nicht im Widerspruch zu den vereinbarten Hauptleistungspflichten. Die Vereinbarung von Dienstvertragsrecht im agilen IT-Projekt ist hingegen problematisch, denn auch im agilen IT-Projekt hat der Auftragnehmer in der Regel eine funktionierende Software bereitzustellen. Es besteht daher ein Widerspruch zwischen dem vereinbarten Dienstvertragsrecht und den vereinbarten erfolgsbezogenen Hauptleistungspflichten. Jedenfalls dann, wenn das Entwicklungsteam ausschließlich vom Auftragnehmer gestellt wird, dürfte die Vereinbarung von Dienstvertragsrecht unwirksam sein. Schwieriger wird es hingegen, wenn das Entwicklungsteam nicht ausschließlich vom Auftragnehmer, sondern, wie in agilen Projekten durchaus nicht unüblich, zum Teil auch vom Auftraggeber gestellt wird,³⁰ denn dann übernimmt der Auftraggeber eine (Mit-)Verantwortung für den Erfolg des Projekts. In solchen Fällen ist dringend anzuraten, im Vertrag konkret zu regeln, welche Partei die (Haupt-)Verantwortung für den Projekterfolg trägt.³¹ Insbesondere wenn die Mitglieder des Entwicklungsteams, die vom Auftraggeber gestellt werden, in der Minderzahl sind und lediglich eine beratende Funktion haben, nicht jedoch die Implementierungs- oder Entwicklungsarbeiten selbst durchführen, dürfte es auch in solchen Fällen zulässig sein, wenn die Anwendung von Werkvertragsrecht vereinbart wird und der Auftragnehmer als Hauptleistungspflicht die Bereitstellung eines funktionierenden Systems schuldet.

4. Zwischenergebnis

Da gegen die Vereinbarung der Anwendung von Dienstvertragsrecht auf agile Softwareprojekte Wirksamkeitsbedenken bestehen, ist eine solche Vereinbarung nicht empfehlenswert. Im Hinblick auf die typischerweise bei agilen Softwareprojekten

HEYDN: Agile Softwareprojekte: Probleme und Vertragsgestaltung(MMR 2020, 284)

288

im Streitfall aufkommende Diskussion, ob der Vertrag Dienst- oder Werkvertragsrecht unterliegt, ist es allerdings auch nicht empfehlenswert, das anzuwendende Vertragsrecht offen zu lassen.

Vielmehr sollte in agilen Softwareprojekten die Anwendung von Werkvertragsrecht ausdrücklich vereinbart werden, denn gegen diese Vereinbarung bestehen keine Wirksamkeitsbedenken und die leidige Diskussion über das anzuwendende Vertragsrecht wird dadurch im Streitfall vermieden. Aus Auftragnehmersicht ist die Vereinbarung von Werkvertragsrecht zwar auf den ersten Blick nachteilig. Im agilen Projekt sind aber auf der Grundlage des Werkvertragsrechts Gestaltungen zu Gunsten des Auftragnehmers möglich, die im herkömmlichen Projekt nicht so einfach durchzusetzen sind, wie z.B. die Vereinbarung von Teilabnahmen (dazu nachfolgend).

III. Weitere Hinweise zur Vertragsgestaltung

1. Abnahme

Das erste und zentrale Prinzip agiler Softwareerstellung ist die frühe Auslieferung brauchbarer Softwareteile, die im Idealfall unmittelbar nach ihrer Auslieferung in den Produktivbetrieb übernommen werden können. Dieses Prinzip legt es nahe, zu Gunsten des Auftragnehmers Teilabnahmen der jeweils ausgelieferten Softwareteile zu vereinbaren. Eine entsprechende Teilabnahmeklausel könnte etwa wie folgt lauten:

Teilabnahmen der Product Increments

(1)Der Auftraggeber führt nach jedem Sprint Review Meeting eine Prüfung der Funktionalität der Product Increments anhand der Product Backlog Items nach Maßgabe der entsprechenden Definitions of Done durch. Der Auftraggeber erstellt unverzüglich nach der Prüfung ein Teilabnahmeprotokoll und eine Liste etwaiger Mängel.

(2)Jedes Product Increment gilt als abgenommen, wenn der Auftraggeber nicht innerhalb von zehn Tagen nach Aufforderung durch den Auftragnehmer in Textform Mängel meldet.

(3)Die Entscheidung des Product Owners, dass ein geliefertes Product Increment in den Produktivbetrieb übernommen werden soll, ohne dass gemäß Absatz 2 Mängel gemeldet worden sind, gilt ebenfalls als Teilabnahme dieses Product Increments.

Auch bei der Vereinbarung von Teilabnahmen ist freilich beim agilen Projekt eine Endabnahme des Gesamtsystems nicht entbehrlich, denn die einzelnen Softwareteile müssen nicht nur für sich genommen, sondern auch im Zusammenspiel miteinander funktionieren. Eine entsprechende Endabnahmeklausel könnte wie folgt lauten:

Endabnahme des Gesamtsystems

(1)Nach der Teilabnahme des letzten Sprints nimmt der Auftraggeber die Prüfung der Abnahmefähigkeit des gesamten Produkts vor und protokolliert diese.

(2)Die Endabnahme betrifft die noch zu überprüfenden integrativen Teile des Produkts, d.h. Funktionen, die erst durch die Gesamtintegration überprüft werden können, sowie dessen Leistungsfähigkeit. Bereits erfolgte Teilabnahmen bleiben hiervon unberührt.

(3)Wegen unwesentlicher Mängel darf der Auftraggeber die Abnahme nicht verweigern. Diese steht jedoch unter dem Vorbehalt der unverzüglichen Beseitigung der Mängel durch den Auftragnehmer. Diese Mängel sind im Abnahmeprotokoll einzeln aufzuführen.

2. Vergütung

Die frühe Auslieferung brauchbarer Softwareteile kann und sollte sich zu Gunsten des Auftragnehmers auch in einer Vorverlagerung der Zahlungsflüsse niederschlagen. In der Praxis stößt man immer wieder auf Fälle, in denen über viele Monate an einem Softwareprojekt gearbeitet wurde, der Auftragnehmer aber noch keine einzige Zahlung erhalten hat. Entscheidet der Auftraggeber, das Projekt abubrechen, stellt er sich regelmäßig auf den Standpunkt, auf Grund von Mängeln o.Ä. keine Vergütung zu schulden, und überzieht den Auftragnehmer u.U. noch mit Schadensersatzforderungen. In solchen Fällen ist es erfahrungsgemäß extrem schwierig, im Streitfall eine vergleichsweise Lösung zu finden. Das ist einfacher, wenn im laufenden Projekt bereits Teilzahlungen geleistet worden sind. Dann sind die Parteien im Streitfall häufig bereit, sich vergleichsweise voneinander zu trennen, ohne dass weitere Zahlungen geleistet werden. Im agilen Projekte sind mehrere Varianten denkbar, wie man die Zahlungsflüsse gestalten kann.

a) Festpreis

Von der Vereinbarung eines Festpreises für das Gesamtprojekt ist im agilen Projekt dringend abzuraten. Denn der anfallende Aufwand ist nur sehr schwer abzuschätzen. Schon bei der Anwendung herkömmlicher Projektmethoden kommt es häufig vor, dass der Auftragnehmer den Aufwand erheblich unterschätzt. Diese Problematik verschärft sich beim agilen Projekt, weil hier der Aufwand a priori noch sehr viel schwerer einzuschätzen ist.

b) Vergütung nach Aufwand

Eine Vergütung nach Aufwand auf der Grundlage einer detaillierten Zeit- und Kostenerfassung ist für den Auftragnehmer ohne jedes Risiko. Ist das Projekt deshalb aufwendig, weil der Auftraggeber ständig Änderungswünsche hat und immer wieder neue Anforderungen stellt, dann wird der dadurch verursachte Mehraufwand des Auftragnehmers auch entsprechend bezahlt. Im agilen Projekt ist die Vereinbarung einer aufwandsabhängigen Vergütung eher durchsetzbar, weil die enge Zusammenarbeit der Parteien dem Auftraggeber eine bessere Kontrolle des Aufwands ermöglicht. Allerdings besteht bei der Vereinbarung einer Vergütung nach Aufwand die Gefahr, dass der Auftragnehmer auch den Aufwand für Mängelbeseitigung in Rechnung stellt. Mängelbeseitigung ist jedoch ohne Vergütung zu leisten. Im agilen Projekt ist es daher zweckmäßig, ausdrücklich zu vereinbaren, dass die Aufwände für die Beseitigung von Mängeln aus vorangegangenen Sprints separat zu erfassen und dem Auftraggeber vorzulegen sind und nicht berechnet werden dürfen. Der Einordnung als Werkvertrag steht eine Abrechnung nach Aufwand nicht entgegen.³²

c) Kombination einer aufwandsabhängigen und einer erfolgsabhängigen Vergütung

Eine Kombination einer aufwandsabhängigen und einer erfolgsabhängigen Vergütung wird den Interessen beider Parteien im agilen Projekt am ehesten gerecht.³³ Eine entsprechende Klausel könnte etwa wie folgt lauten:

Vergütung

(1)Der Auftraggeber zahlt für jeden Sprint unabhängig davon, ob nach dem Ende des Sprints eine Teilabnahme erfolgt, eine Pauschalvergütung von ... EUR.

(2) Mit erfolgter Endabnahme zahlt der Auftraggeber eine weitere Vergütung von ... EUR.

HEYDN: Agile Softwareprojekte: Probleme und Vertragsgestaltung(MMR 2020, 284)

289

Bei Scrum hat jeder Sprint grundsätzlich die gleiche Dauer. Es ist daher ohne weiteres möglich, bereits im Vertrag eine feste Vergütung pro Sprint zu vereinbaren. Die Regelung, dass die aufwandsabhängige Vergütung pro Sprint unabhängig davon zu leisten ist, ob nach dem Ende des Sprint eine Teilabnahme erfolgt, hat den Vorteil, dass der Auftraggeber keinen finanziellen Anreiz hat, Teilabnahmen zu verweigern.

d) Vergütung nach Meilensteinen

In herkömmlichen Projekten wird häufig eine Vergütung nach der Lieferung bestimmter Meilensteine vereinbart. Eine solche Vereinbarung setzt voraus, dass die zu erbringenden Leistungspakete bereits bei Vertragsabschluss feststehen, was bei agilen Projekten häufig gerade nicht der Fall ist. Es gibt jedoch Fälle, in denen auch bei agilen Projekten eine Vergütung nach der Lieferung bestimmter Meilensteine zweckmäßig ist, z.B. bei der Implementierung von ERP-Standardsoftware, die aus bestimmten Modulen besteht, wenn bereits zu Beginn des Projekts feststeht, welche Module implementiert werden sollen.

3. Vorzeitige Beendigung

Da beide Parteien zu Beginn eines agilen Projekts häufig noch keine konkrete Vorstellung davon haben, wie das Projektergebnis aussehen soll, ist die Gefahr, dass sich das Projekt im Verlauf als undurchführbar darstellt, ungleich größer als bei herkömmlichen Projekten. Denn je vager die Vorstellungen beider Parteien zu Beginn des Projekts sind, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass sich später herausstellt, dass die Vorstellungen nicht übereinstimmen. In agilen Projekten sollte daher immer eine Möglichkeit vorgesehen werden, das Projekt vorzeitig zu Bedingungen, die für beide Parteien akzeptabel sind, zu beenden.³⁴

Hier gibt es zum einen die Möglichkeit, das Kündigungsrecht des Auftraggebers gem. § 648 BGB zu modifizieren und hinsichtlich des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers danach zu differenzieren, ob die Kündigung in einem frühen oder in einem späteren Stadium des Projekts erfolgt. Eine entsprechende Vertragsklausel könnte etwa wie folgt aussehen:

Projektausstieg

Der Auftraggeber kann diesen Vertrag jederzeit ohne Angabe von Gründen mit sofortiger Wirkung kündigen (Projektausstieg). Abweichend von § 648 S. 2 und 3 BGB gilt in diesem Fall folgendes: Erfolgt der Projektausstieg innerhalb der ersten drei Monate seit Projektbeginn, wird zusätzlich zur Vergütung der erbrachten Leistungen unabhängig vom Umfang der zu liefernden Leistungen ein Betrag von ... EUR fällig. Erfolgt der Projektausstieg später als drei Monate seit Projektbeginn, sind lediglich die erbrachten Leistungen (Personentage, Materialien, Spesen) zu vergüten; darüber hinaus ist keine weitere Kompensation zu leisten.

Diese Variante berücksichtigt jedoch nur das Interesse des Auftraggebers an einer vorzeitigen Vertragsbeendigung. Da im agilen Projekt Auftraggeber und Auftragnehmer sehr eng zusammenarbeiten, kann es hier sehr viel eher als im herkömmlichen Projekt vorkommen, dass auch der Auftragnehmer ein Interesse an einer vorzeitigen Vertragsbeendigung hat, etwa wenn die Zusammenarbeit nicht gut funktioniert, die Problematik für eine außerordentliche Kündigung³⁵ jedoch nicht ausreichend ist.

Bei agilen Projekten bietet es sich an, eine gemeinsame Projektevaluierung mit der Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung durch beide Parteien gewissermaßen als „Sollbruchstelle“ vorzusehen. Eine entsprechende Vertragsklausel könnte wie folgt lauten:

Projektevaluierung

(1)Die Parteien führen nach den ersten drei Sprints gemeinsam eine Evaluierung des Projekts durch. In dieser Projektevaluierung bewertet jede Partei den bisherigen Verlauf des Projekts.

(2)Jede Partei kann im Rahmen der Projektevaluierung entscheiden, das Projekt abubrechen. Entscheiden beide Parteien oder nur der Auftraggeber, das Projekt abubrechen, sind die erbrachten Leistungen (Personentage, Materialien, Spesen) zu vergüten. Entscheidet der Auftragnehmer, das Projekt abubrechen, sind die erbrachten Leistungen abzüglich 20% zu vergüten. § 648 BGB findet keine Anwendung.

(3)Jede Partei kann im Rahmen der Projektevaluierung verlangen, dass das Projekt nur zu geänderten vertraglichen Bedingungen fortgesetzt wird. Kommt eine Einigung über die geänderten Bedingungen nicht innerhalb von zwei Wochen zustande, gilt das Projekt als abgebrochen; Abs. 2 S. 2 bis 4 gelten entsprechend.

IV. Fazit

Agile Softwareprojekte kommen am Werkvertragsrecht des BGB nicht vorbei. Trotz der Anwendung des Werkvertragsrechts sind sie auf Grund ihrer Flexibilität tendenziell krisenfester als herkömmliche Softwareprojekte. Ausschließen lässt sich ein Scheitern des Projekts durch Anwendung einer agilen Methode jedoch nicht.

Um den Parteien im Fall einer Krise eine effiziente Problemlösung oder, falls nötig, eine effektive Streitbeilegung zu ermöglichen, ist es auch im agilen Projekt unabdingbar, dass der Vertrag das dafür notwendige Instrumentarium zur Verfügung stellt. Bei der Vertragsgestaltung sind die Besonderheiten der agilen Vorgehensweise abzubilden.

Schnell gelesen ...

- Im Projektvertrag sollten Projektmethodik und Mitwirkungspflichten des Auftraggebers klar vereinbart werden.
- In agilen Softwareprojekten sollte die Anwendung von Werkvertragsrecht ausdrücklich vereinbart werden.
- In agilen Projekten sind Teilabnahmen der fertiggestellten Product Increments sinnvoll.
- Eine Kombination von aufwandsabhängiger und erfolgsabhängiger Vergütung wird den Parteiinteressen im agilen Projekt am ehesten gerecht.
- Eine gemeinsame Projektevaluierung sollte mit der Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung durch beide Parteien als „Sollbruchstelle“ vorgesehen werden.



Dr. Truiken Heydn
ist Rechtsanwältin in München.

- ¹ *Hoeren/Pinelli*, MMR 2018, 199; *Fuchs/Meierhofer/Morsbach/Pahlow*, MMR 2012, 427.
- ² Der Scrum Guide, abrufbar unter: <https://www.scrumguides.org/docs/scrumguide/v2017/2017-Scrum-Guide-German.pdf>.
- ³ So etwa im Fall *OLG Frankfurt/M.* MMR 2018, 100.
- ⁴ So war es im Fall *OLG Frankfurt/M.* MMR 2018, 100.
- ⁵ *Welkenbach*, CR 2017, 639 (642).
- ⁶ *Sobbing*, MMR 2010, 222 (223).
- ⁷ *Hoppen*, CR 2011, 747 (749, 750); DIN 69901-5 sowie VDI 2519 Blatt 1, ebenso die Software Requirements Specification (SRS), ANSI/IEEE 29148-2011.
- ⁸ *Hoeren/Pinelli*, MMR 2018, 199 (201).
- ⁹ Abrufbar unter: <http://agilemanifesto.org/principles.html>.
- ¹⁰ *Fuchs/Maierhofer/Morsbach/Pahlow*, MMR 2012, 427 (429).
- ¹¹ *Fuchs/Maierhofer/Morsbach/Pahlow*, MMR 2012, 427 (429); *Koch/Kunzmann/Muller*, MMR 2019, 707 (708).
- ¹² *BGH* CR 1990, 708 mwN; *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, B. II. 1. Rn. 296 mwN.
- ¹³ *BGH* NJW 1990, 3008; *BGH* NJW-RR 2014, 1204, Rn. 13 f. = nur teilweise in MMR 2014, 591 abgedruckt.
- ¹⁴ *BGH* NJW-RR 2014, 1204, Rn. 13 f.
- ¹⁵ *Sobbing*, MMR 2010, 222 (223).
- ¹⁶ *Koch/Kunzmann/Muller*, MMR 2019, 707 (709).
- ¹⁷ *OLG Frankfurt/M.* MMR 2018, 100 (101), Rn. 11.
- ¹⁸ *LG Wiesbaden* MMR 2017, 561 f.
- ¹⁹ *LG Wiesbaden* MMR 2017, 561 f.
- ²⁰ *Koch/Kunzmann/Muller*, MMR 2019, 707 (708).
- ²¹ *Fuchs/Maierhofer/Morsbach/Pahlow*, MMR 2012, 427 (430).
- ²² *BGH* NJW 1979, 2207 (2209).
- ²³ *BGH* NJW 1979, 2207 (2209).
- ²⁴ *Busche*, in: MuKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 650 Rn. 1.
- ²⁵ *Voit*, in: BeckOK BGB, 53. Ed., Stand: 1.2.2019, § 650 Rn. 25.
- ²⁶ *Cramer/Cziupka*, RNotZ 2016, 289 (298); diese Auffassung ist fur Verbraucherbauvertrage auf Grund des zwischenzeitlich in Kraft getretenen § 650o BGB jedoch uberholt bzw. nur noch mit den sich aus § 650o BGB ergebenden Einschrankungen vertretbar.
- ²⁷ *BGH* LM § 611 Nr. 3.
- ²⁸ *Sprau*, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 650 Rn. 1.
- ²⁹ *BGH* CR 1990, 708 mwN; *BGH* NJW 1990, 3008; *BGH* NJW-RR 2014, 1204, Rn. 13 f.
- ³⁰ *Koch/Kunzmann/Muller*, MMR 2019, 707 (709).
- ³¹ *Koch/Kunzmann/Muller*, MMR 2019, 707 (709).
- ³² *BGH* NJW 2009, 2199.
- ³³ v. *Schenck*, MMR 2019, 139 (140).
- ³⁴ *Hoeren/Pinelli*, MMR 2018, 199 (203).
- ³⁵ Zur außerordentlichen Kundigung von IT-Projektvertragen s. *Heydn*, CR 2018, 621 ff.